



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

JOÃO MARCO GOMES DE REZENDE

**A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Brasília
2018**

JOÃO MARCO GOMES DE REZENDE

A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues
Orientador – Universidade de Brasília

Professor Mestre Júlio Lopes Hott
Membro da Banca – Convidado

Professor Doutor Luiz Roberto Ungaretti de Godoy
Membro da Banca – Convidado

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Suplente – Universidade de Brasília

**Brasília
2018**

Agradeço a Deus, aos meus pais, à Amanda,
aos meus amigos, e aos professores que se
dispuseram a avaliar o presente trabalho.

Everybody has a jury, the voices they carry inside.
Michael Connelly, *The Gods of Guilt*

RESUMO

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estimulam seus Estados Partes a considerarem adotar a ação civil de extinção de domínio, desde que seja compatível com seus respectivos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, sendo o Brasil um dos Estados Partes das referidas Convenções Internacionais, exsurge a necessidade de se analisar o ordenamento jurídico brasileiro a fim de verificar se ele é compatível com a ação civil de extinção de domínio.

Palavras-chave: ação civil de extinção de domínio; *actio in rem*; confisco não baseado em condenação penal; ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

The United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the United Nations Convention against Corruption encourage their Parties to consider adopting the civil forfeiture, as long as it is compatible with their respective legal systems. In this context, since Brazil is one of the Parties to these International Conventions, there is a need to analyze the Brazilian legal system in order to verify if it is compatible with the civil forfeiture.

Keywords: civil forfeiture; civil recovery; *actio in rem*; non-conviction based confiscation; Brazilian legal system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO	9
I.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	10
I.2 RAZÕES PARA OS ESTADOS PARTES ADOTAREM A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO	15
I.3 ANÁLISE COMPARADA	19
I.2.1 <i>Acción de extinción de dominio</i> da Colômbia	19
I.2.2 <i>Confisca di prevenzione</i> da Itália	20
I.2.3 <i>Civil forfeiture</i> da República da Irlanda	21
I.2.4 <i>Civil recovery</i> do Reino Unido	22
I.2.5 <i>Civil forfeiture</i> dos Estados Unidos da América	22
CAPÍTULO II – A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
II.1 NATUREZA DO CONFISCO	24
II.2 FINALIDADES DA PENA	27
II.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES	28
II.3.1 O direitos de propriedade e a função social da propriedade	28
II.3.2 A presunção de inocência	30
II.3.3 Os mandados constitucionais de criminalização	32
II.3.4 O devido processo legal	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (“Convenção de Viena”, de 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”, de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”, de 2003) determinam que seus Estados Partes devem considerar inverter o ônus da prova em relação à origem lícita de bens supostamente vinculados a condutas criminosas, desde que esse procedimento seja compatível com seus respectivos ordenamentos jurídicos.

De modo mais específico, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõe que os Estados Partes devem considerar, além disso, adotar medidas que tornem possível o confisco de bens sem que se envolva a aplicação de sanção penal, mas desde que essas medidas também sejam compatíveis com os ordenamentos jurídicos nacionais.

Tanto a inversão do ônus da prova em relação à origem lícita de bens supostamente vinculados a condutas criminosas quanto a adoção de medidas que tornem possível o confisco de bens sem que se envolva a aplicação de sanção penal são procedimentos que, somados, resultam na ação civil de extinção de domínio.

A ação civil de extinção de domínio¹ consiste em uma *actio in rem*, ou seja, em um procedimento instaurado contra determinado bem sobre o qual recai a suspeita de ter origem ilícita. Desse modo, a instrução probatória é realizada tão somente para se verificar se o bem é de origem ilícita ou não, não havendo qualquer espaço para o juízo de culpabilidade. Caso o detentor do bem questionado não comprove sua origem lícita, aplica-se o confisco independentemente da aplicação de qualquer sanção penal.

Tendo em vista que os Estados Partes das referidas Convenções Internacionais devem considerar a adoção da ação civil de extinção de domínio, desde que seja compatível com os ordenamentos jurídicos nacionais, e levando em consideração que o Brasil se tornou Estado Parte dessas três Convenções Internacionais por meio do Decreto n 154/1991, do Decreto n° 5.015/2004 e do Decreto n° 5.687/2006, surge a necessidade de analisar o ordenamento jurídico brasileiro a fim de verificar se ele é compatível com a ação civil de extinção de

¹ Por uma questão de estilo de escrita, optou-se por utilizar a expressão “ação civil de extinção de domínio” ao longo de todo o trabalho, ainda que de forma repetitiva. Desse modo, a expressão será utilizada tanto para se referir ao instituto concebido em sua forma original pelas referidas Convenções Internacionais, quanto ao modelo que poderá ser adotado no Brasil. Somente serão adotadas outras expressões quando se tratar dos modelos adotados em outros países, tal como ocorre na Colômbia (*acción de extinción de dominio*), na Itália (*confisca di prevenzione*), na República da Irlanda (*civil forfeiture*), no Reino Unido (*civil recovery*) e nos Estados Unidos da América (*civil forfeiture*).

domínio. Levanta-se, de antemão, a tese de que a ação civil de extinção de domínio seja compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de se verificar a plausibilidade dessa tese, o presente trabalho se desenvolverá com base na análise de cada uma das seguintes variáveis: a ação civil de extinção de domínio e o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, será feita uma análise primeiramente da ação civil de extinção de domínio, examinando-se os dispositivos das referidas Convenções Internacionais que tratam sobre o instituto, as razões para se adotar a ação civil de extinção de domínio e o modo como ela é adotada por alguns países, para, em seguida, ser feita uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, atentando-se à natureza do confisco, às finalidades da pena e aos princípios constitucionais pertinentes.

CAPÍTULO I

A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

A crescente preocupação mundial com o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, o crime organizado, a corrupção e a lavagem de dinheiro ensejou a elaboração de algumas Convenções Internacionais², destacando-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (“Convenção de Viena”, de 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”, de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”, de 2003).

Essas três Convenções Internacionais consignaram, até mesmo com uma redação semelhante, que os Estados Partes deverão considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova nos seus procedimentos confiscatórios, de modo a exigir que o acusado comprove a origem lícita de bens que sejam presumidamente produto de crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco. De modo mais específico, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção determinou que os Estados Partes deverão considerar, além disso, a adoção de medidas que permitam o confisco sem que se envolva a aplicação de uma sanção penal, principalmente nos casos em que o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência. Por meio dessas proposições, estimulou-se aos Estados Partes a instituição da ação civil de extinção de domínio em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, passa-se a analisar as referidas Convenções Internacionais, especificamente as suas normas que tratam sobre a ação civil de extinção de domínio, a fim de examinar logo em seguida as razões para a adoção do instituto e, em um último momento, para realizar uma análise comparada, examinando-se o modo como alguns países adotam a ação civil de extinção de domínio e o modo como suas Cortes Superiores decidiram sobre sua constitucionalidade.

² A título de exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção apresenta em seu preâmbulo a seguinte declaração: “Os Estados Partes da presente convenção, (...) Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; (...) Chegaram em acordo ao seguinte: (...) A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.”

I.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Conforme já narrado na introdução do presente trabalho, o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção por meio, respectivamente, do Decreto n 154/1991, do Decreto nº 5.015/2004 e do Decreto nº 5.687/2006. Nesse sentido, o Brasil assumiu o compromisso de observar as prescrições dessas três Convenções Internacionais, sendo que esse compromisso se manifesta tanto no plano internacional, pela expectativa dos demais Estados Partes, quanto no plano interno, pelo caráter legal que adquiriram tais Convenções ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, o Brasil deve observar, dentre outras prescrições, o artigo 5º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, o artigo 12 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e os artigos 31 e 54 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cuja transcrição parcial se faz pertinente, em razão da análise que será feita em cima de suas redações:

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS

ARTIGO 5

Confisco

1 - Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco:

- a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto;
- b) de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, das matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3.

2 - Cada Parte adotará também as medidas necessárias para permitir que suas autoridades competentes identifiquem, detectem e decretem a apreensão preventiva ou confisco do produto, dos bens, dos instrumentos ou de quaisquer outros elementos a que se refere o parágrafo 1 deste Artigo, com o objetivo de seu eventual confisco;

(...)

6 - a) Quando o produto houver sido transformado ou convertido em outros bens, estes poderão ser objeto das medidas, mencionadas no presente Artigo, aplicáveis ao produto.

b) Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.

c) Tais medidas se aplicarão também à renda ou a outros benefícios derivados:

i) do produto;

ii) dos bens, nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido; ou

iii) dos bens com os quais o produto tenha sido misturado, do mesmo modo e na mesma medida (em) que o produto (o foi).

7 - cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

(...)

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Artigo 12

Confisco e apreensão

1. Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco:

a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto;

b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção.

2. Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, para efeitos de eventual confisco.

3. Se o produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens, estes últimos podem ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, em substituição do referido produto.

4. Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.

5. As receitas ou outros benefícios obtidos com o produto do crime, os bens nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado podem também ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma forma e na mesma medida que o produto do crime.

(...)

7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

(...)

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Artigo 31

Embargo preventivo, apreensão e confisco

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

(...)

4. Quando esse produto de delito se tiver transformado ou convertido parcialmente ou totalmente em outros bens, estes serão objeto das medidas aplicáveis a tal produto de acordo com o presente Artigo.

5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.

6. Os ingressos e outros benefícios derivados desse produto de delito, de bens nos quais se tenham transformado ou convertido tal produto ou de bens que se tenham mesclado a esse produto de delito também serão objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma maneira e no mesmo grau que o produto do delito.

(...)

8. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.

(...)

Artigo 54

Mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco

1. Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna:

(...)

c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.

O confisco clássico, modalidade em que se decreta a perda dos bens diretamente relacionados ao crime, foi tratado pelo artigo 5º, parágrafo 1º, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; no artigo 12, parágrafo 1º, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; e no artigo 31, parágrafo 1º, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

O confisco por equivalência, instituto destinado a alcançar o patrimônio derivado dos bens e valores abrangidos pelo confisco clássico, por sua vez, foi tratado no artigo 5º, parágrafo 6º, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; no artigo 12, parágrafos 3º, 4º e 5º, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; e no artigo 31, parágrafos 4º, 5º e 6º, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³.

A ação civil de extinção de domínio foi tratada no artigo 5º, parágrafo 7º, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; no artigo 12, parágrafo 7º, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; no artigo 31, parágrafo 8º, e no artigo 54, parágrafo 1º, alínea “c”, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. À exceção do artigo 54, parágrafo 1º, alínea “c”, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, todos esses dispositivos possuem o mesmo conteúdo, qual seja, o de estimular os Estados Partes a considerar a possibilidade de se exigir que os criminosos comprovem a origem lícita do suposto produto de crime ou de outros bens confiscáveis, na medida em que isso seja compatível com o ordenamento jurídico nacional e a natureza dos processos judiciais.

Cumprir realizar algumas considerações sobre a redação desses dispositivos que tratam sobre a ação civil de extinção de domínio, discorrendo-se logo em seguida sobre as redações

³ O confisco por equivalência tratado nessas três Convenções Internacionais possui uma maior aproximação com o confisco clássico em relação ao que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 91, § 1º, do Código Penal, que prevê tal instituto, determina que “poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”, não se exigindo, portanto, que o patrimônio seja diretamente derivado de bens ou valores abrangidos pelo confisco clássico, como ocorre nas Convenções Internacionais em análise.

acerca da inversão do ônus da prova e, mais adiante, sobre a decretação de confisco independentemente da aplicação de sanção penal.

Embora as três Convenções Internacionais disponham que “os Estados Partes poderão considerar a possibilidade” de inverterem o ônus da prova, frase que indica um grau de normatividade reduzido e que aproxima os três dispositivos de um *soft law*, defende-se que ainda assim existe uma obrigatoriedade imposta aos Estados Partes. A própria razão de terem sido escritos tais dispositivos indica que se espera que eles sejam observados e concretizados, caso contrário não teriam sido escritos. Além disso, a crescente preocupação mundial com o tráfico ilícito de entorpecentes, as organizações criminosas, a corrupção e a lavagem de dinheiro, que fundamentaram a elaboração das Convenções Internacionais em questão, faz incidir uma obrigatoriedade supranormativa sobre os Estados Partes, manifestando-se como um dever moral direcionado às suas autoridades para que combatam o tráfico ilícito de entorpecentes, as organizações criminosas, a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Quando se fala em “origem lícita do suposto (ou alegado) produto ou outros bens sujeitos a confisco”, entende-se que a suspeita sobre a procedência lícita de determinado bem recai tanto sobre os bens diretamente relacionados a crimes quanto sobre seus derivados. Ou seja, percebe-se que a ação civil de extinção de domínio pode ter como objeto tanto os bens passíveis de confisco clássico quanto os passíveis de confisco por equivalência.

Por fim, a expressão “na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais” remete à ideia de que a ação civil de extinção de domínio deve ser compatível com o ordenamento jurídico nacional, incluindo-se aqui a natureza que assumem os processos judiciais. Nesse sentido, imagina-se que, em um ordenamento jurídico cujo processo de natureza civil não admite a constrição de bens em nenhuma hipótese, por exemplo, não será possível a adoção da ação civil de extinção de domínio.

Em relação à decretação do confisco independentemente da aplicação de sanção penal, cumpre observar que o artigo 54, parágrafo 1º, alínea “c”, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi além da previsão dos demais dispositivos mencionados. Ao dispor que cada Estado Parte considerará a adoção de medidas necessárias ao confisco sem que se envolva uma pena, nos casos em que o criminoso não possa ser condenado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados, essa Convenção Internacional estimulou de modo mais incisivo a adoção da ação civil de extinção de domínio. Isso porque, como se viu na sua definição no capítulo introdutório, esse instituto se trata de uma ação de

natureza cível em que, sem se examinar a culpabilidade de ninguém, se decreta o confisco de bens reconhecidamente ilícitos, sem que isso configure uma sanção penal.

Sobre a redação artigo 54, parágrafo 1º, alínea “c”, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, além de serem cabíveis as observações feitas acima aos demais dispositivos, cabe observar também que a técnica redacional empregada no trecho “nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados” utilizou uma fórmula casuística seguida de um encerramento genérico, demonstrando que as hipóteses elencadas não são exaustivas, mas meramente exemplificativas, de modo que a ação civil de extinção de domínio poderia ser utilizada por outros motivos pelos quais “o criminoso não possa ser indiciado”. Nesse contexto, defende-se que a ação civil de extinção de domínio seria cabível também em outros casos que ensejassem a extinção da punibilidade, tais como nas hipóteses de prescrição, decadência e preempção e até mesmo nos casos de anistia, graça ou indulto.

I.2 RAZÕES PARA OS ESTADOS PARTES ADOTAREM A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

Esse estímulo à adoção da ação civil de extinção de domínio representa um avanço no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, às organizações criminosas, à corrupção e à lavagem de dinheiro, pois se trata de uma medida eficaz tanto para intimidar os criminosos quanto para neutralizá-los. Em outras palavras, entende-se que o confisco obtido por meio da ação civil de extinção de domínio é uma medida que fortalece a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa, principalmente quando se trata de crimes praticados por organizações criminosas.

A prevenção geral negativa consiste na intimidação decorrente de uma sanção cominada pelo Estado⁴, esperando-se que o criminoso desista de praticar o crime que tem em mente, ao considerar que o mal a ser sofrido com a sanção será igual ou superior ao benefício a ser alcançado com a prática do delito, chegando-se à conclusão de que o crime não compensa. Essa teoria torna-se impraticável principalmente por quatro razões: percepção do criminoso de um baixo risco de efetiva punição⁵; satisfação pessoal do criminoso verificada

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 426.

⁵ CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a

em grau elevadíssimo⁶; divergência entre a percepção do criminoso e a percepção do Estado a respeito do mal inerente à sanção⁷; e existência de um Direito Penal Simbólico.

A primeira razão pela qual se torna impraticável a prevenção geral negativa é a percepção do criminoso de um baixo risco de efetiva punição, representada por um sentimento de impunidade que decorre principalmente da ineficiência das autoridades públicas, tanto as incumbidas da segurança pública quanto aquelas destinadas à persecução penal, e que decorre também da falta de comunicação dos fatos criminosos às autoridades públicas em razão do descrédito por parte da sociedade.

A segunda, por sua vez, consiste na satisfação pessoal do criminoso verificada em grau elevadíssimo, em que o benefício a ser alcançado com a prática do crime assume uma roupagem de dever moral tão forte que nada pode dissuadi-lo de seu ímpeto criminoso. Imagina-se que isso ocorra, por exemplo, quando uma pessoa esteja fortemente determinada a vingar a morte de um ente querido, de modo que nada possa desestimulá-la a satisfazer seu desejo pessoal.

A terceira razão consiste na divergência entre a percepção do criminoso e a percepção do Estado a respeito do mal inerente à sanção, de modo que, enquanto o Estado acredita que a sanção cominada seja igual ou superior ao benefício que se pretende alcançar com a prática delituosa, o criminoso, após uma análise econômica do crime⁸, enxerga a sanção como um mero custo eventual. Obviamente, essa razão não é tão frequente quanto as duas razões anteriores, pois, ao contrário das outras, não se aplica a todos os tipos de crime. Ainda que não seja facilmente verificável⁹, acredita-se que a teoria econômica do crime não seja compatível com os chamados “crimes de rua” (furto, roubo, homicídio, lesão corporal,

criminalização do enriquecimento “ilícito”), em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 275.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem, p. 275-276.

⁸ BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An Economic approach, em *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Massachusetts: NBER, 1974.

⁹ Alessandro Baratta é mais incisivo ao afirmar que o efeito intimidatório que se busca com a prevenção geral negativa, como um todo, não é empiricamente verificável (BARATTA, Alessandro apud ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”, em *Revista brasileira de ciências criminais*. V. 8, n. 29, 2000, p. 170). Essa constatação faz sentido porque não seria possível, por exemplo, selecionar criminosos para serem entrevistados sobre a intimidação das sanções cominadas aos crimes, até porque não seria viável selecionar todas as pessoas que já cogitaram cometer algum crime, mas somente aquelas que já cometeram algum crime e foram condenadas, para as quais, evidentemente, a intimidação não foi suficiente. Desse modo, ficariam excluídas as pessoas que cogitaram cometer um crime e não o fizeram. No entanto, acredita-se que seja possível examinar empiricamente quais tipos de crime possuem maior compatibilidade com a análise econômica do crime, podendo-se cogitar uma pesquisa em que se pergunta somente aos condenados se a sanção cominada pelo Estado foi percebida como um mero custo eventual. De qualquer forma, por mais que se imagine que seja possível obter respostas sinceras, tendo em vista as circunstâncias em que os condenados se encontram, acredita-se que não seria uma pesquisa fácil.

ameaça, tráfico ilícito de entorpecentes e outros), mas defende-se que seja perfeitamente condizente com os crimes que envolvam um elevado grau de instrução, como, por exemplo, os crimes de colarinho branco, dentre os quais se encontram os mencionados crimes de organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro. Até mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes, a depender do grau de complexidade das transações, acredita-se que haja uma análise econômica do crime por parte dos comandantes das operações, mesmo que esse tipo crime não envolva necessariamente um elevado grau de instrução. Nesse contexto, as sanções cominadas pelo Estado não representam um mal capaz de intimidar os criminosos, sendo possível, por exemplo, que a pena privativa de liberdade isoladamente aplicada a um criminoso, por mais extensa que seja, seja irrelevante perto dos proveitos econômicos obtidos com a prática do crime pelo qual foi condenado.

Por fim, a quarta razão de a prevenção geral negativa ser impraticável decorre da existência de um Direito Penal Simbólico, o qual surge principalmente a partir da concepção equivocada de que a existência de uma sanção penal, por si só, é suficiente para desestimular a prática de crimes. O desdobramento natural dessa concepção equivocada, logicamente, é um recrudesimento penal tão desproporcional que se passa por cima dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade. Nesse contexto, a crença na autossuficiência da intimidação penal resulta na ideia de que, para se alcançar uma efetiva prevenção criminal, deve-se castigar tão duramente quanto possível¹⁰, seja por meio da criminalização de condutas que poderiam ser suficientemente tratadas por outros ramos do Direito, seja por meio da imposição de penas cada vez mais graves, tudo isso com o propósito de se passar um ilusório sentimento de tranquilidade para a sociedade¹¹. Esse raciocínio equivocado, ao contrário do que se pretende alcançar, acaba tornando impraticável a própria prevenção geral negativa, pois um Estado regido pelo Direito Penal Simbólico, ao se concentrar apenas no recrudesimento penal, deixa de buscar medidas alternativas que de fato intimidem os criminosos e, conseqüentemente, desestimulem a prática de crimes¹².

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal – parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 58-59.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 37-38.

¹² Indo além, Claus Roxin afirma que “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela” (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 29). Além disso, a experiência italiana demonstra que a forte repressão feita às máfias (“*linea della fermezza*”) por meio de penas privativas de liberdade somente agravou a criminalidade organizada, até que se começou a adotar medidas contra o patrimônio das organizações criminosas (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery. *The Italian experience in the management, use and disposal of frozen seized and confiscated assets*. Viena, 2014).

A ação civil de extinção de domínio fortalece a prevenção geral negativa à medida que soluciona a terceira e a quarta razões pelas quais ela se torna impraticável. A divergência entre a percepção do criminoso e a percepção do Estado a respeito do mal inerente à sanção será solucionada ao se usar o “mesmo vocabulário” do criminoso¹³, ou seja, ao se confiscar o que se havia pretendido obter por meio da prática de crimes, de modo que, numa análise econômica do crime, o custo eventual seja igual ou superior ao benefício almejado¹⁴. De modo semelhante, a existência de um Direito Penal Simbólico será solucionada ao se dar menos importância ao recrudescimento penal exercido por meio de criminalização de condutas e do aumento de penas, na medida em que se dê mais atenção a outros mecanismos que inclusive sejam mais eficazes¹⁵, como a ação civil de extinção de domínio.

A prevenção especial negativa, por sua vez, será fortalecida pela ação civil de extinção de domínio de maneira diferente. A prevenção especial negativa, em sua concepção original, ocorre por meio da neutralização do criminoso, o qual se encontra impossibilitado de cometer crimes durante a execução da pena¹⁶, levando-se à conclusão equivocada de que a pena privativa de liberdade seja a sanção mais adequada. No presente momento, contudo, faz-se uma leitura diferente da prevenção especial negativa. Acredita-se que, por meio da ação civil de extinção de domínio, a neutralização dos criminosos decorra do sufocamento patrimonial das organizações criminosas, de modo a enfraquecer a realidade da criminalidade reditícia que é própria desses grupos. Ou seja, entende-se que a prevenção especial negativa realiza-se de maneira a impossibilitar que as organizações criminosas utilizem o patrimônio ilícito para financiar novos crimes¹⁷. Cumpre ressaltar que essa nova leitura da prevenção especial

¹³ ALVES, Silvia apud CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 32.

¹⁴ Considera-se que a sanção cominada possa ser superior ao benefício que se pretende obter com a prática do crime, sem que isso configure uma ofensa ao princípio da intervenção mínima, pois, segundo esse princípio, o que não se pode é cominar uma sanção que seja desproporcional em relação ao bem jurídico tutelado. Nesse contexto, embora o confisco do patrimônio ilícito torne nulo o benefício pretendido por meio do crime, considera-se razoável a aplicação do confisco em acúmulo com alguma pena, seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou até de multa.

¹⁵ Claus Roxin, ao tratar sobre a penalização das pessoas jurídicas, declara que “*Dado que existe la necesidad de volver a privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU.*”. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 259.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 424.

¹⁷ Aliás, foi a essa conclusão que se chegou na análise da experiência italiana realizada pela *United Nations Office on Drugs and Crime*: “*It became clear that it was more effective to tackle the criminals’ assets, rather than temporarily affecting their liberty. Practical experience has demonstrated that any imprisoned criminal who kept his/her illicit assets has been able to rule from jail, to have the economic capacity to corrupt and recruit people, and to organize a press campaign in his or her favour, etc... The ultimate ramification of such a*

negativa afasta a principal crítica que é feita à sua concepção original, qual seja, a neutralização seletiva dos setores mais débeis da sociedade¹⁸.

Além de fortalecer a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa, a ação civil de extinção de domínio encontra-se em consonância com os ditames da “nova prevenção” (*nouvelle prévention*)¹⁹. Em virtude de os modelos clássicos de prevenção terem se mostrado impraticáveis, surgiram concepções de que a prevenção deve ser exercida em um momento anterior ao cometimento do crime, transferindo-se a atenção para medidas estatais que não sejam abrangidas pelo Direito Penal. A ação civil de extinção de domínio demonstra-se compatível com a “nova prevenção” por atuar no momento anterior ao cometimento dos crimes, em virtude de desestimular a prática de novos crimes pelos motivos expostos acima, e por se situar fora do Direito Penal, em razão de sua natureza civil. Nesse contexto, a ação civil de extinção de domínio encaixa-se perfeitamente em um dos conceitos mais aceitos de “nova prevenção”, que é o de Philippe Robert, no sentido de que a “nova prevenção” envolve “a ação dirigida a reduzir a frequência de determinados comportamentos, criminalizados ou não pela lei penal, recorrendo a soluções diversas da sanção penal”²⁰.

Feitas essas considerações, passa-se à análise comparada da ação civil de extinção de domínio.

I.3 ANÁLISE COMPARADA

A ação civil de extinção de domínio, cuja adoção é estimulada pelos dispositivos internacionais mencionados acima, existe, *mutatis mutandis*, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente naqueles regidos pelo sistema jurídico de *common law*²¹. Nesse contexto, passa-se a analisar superficialmente como se manifesta a ação civil de extinção de domínio na Colômbia, na Itália, na República da Irlanda, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, tendo-se optado por esses países em razão, principalmente, de a

cultural change which matured within the Italian legal system (i.e. shifting the focus from the criminals to their assets) was the introduction of non-conviction based confiscation.” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, op. cit., p. 5).

¹⁸ ZACKSESKI, Cristina, op. cit., p. 174; e SANTOS, Juarez, Cirino, op. cit., p. 425.

¹⁹ ZACKSESKI, Cristina, op. cit., p. 176.

²⁰ CREAZZO, Giuditta apud ibidem, p. 177.

²¹ A ação civil de extinção de domínio é adotada pelos seguintes países de *common law*: Austrália, Canadá, Fiji, Malásia, Nova Zelândia, República da Irlanda, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos da América. Dentre os países de *civil law*, encontram-se os seguintes que adotam o instituto: Itália, Países Baixos, Colômbia e Filipinas (UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Impact Study on Civil Forfeiture*. Belgrado: Council of Europe, 2013, p. 9).

ação civil de extinção de domínio já ter sido submetida a algum controle de constitucionalidade por parte de suas Corte Superiores.

I.2.1 *Acción de extinción de dominio* da Colômbia

A Colômbia, país de *civil law* cujo sistema penal é muito semelhante ao brasileiro²², adota a denominada *acción de extinción de dominio* desde a promulgação a Lei 793, de 27 de dezembro de 2002. Trata-se de uma ação autônoma constitucional pública, de natureza *in rem* e jurisdicional, tendo mais proximidade com aspectos civis do que penais, em que se alcança o confisco de bens em decorrência de situações específicas, tais como do aumento patrimonial injustificado e da existência de: 1) bens relacionados direta ou indiretamente a uma atividade ilícita; 2) bens afetados no bojo de um processo penal, sem discussão quanto à origem, utilização ou destinação, ou sem qualquer decisão definitiva; e 3) bens lícitos usados para mesclar bens de origem ilícita²³. A Corte Constitucional da Colômbia (*Corte Constitucional de Colombia*) decidiu pela constitucionalidade da *acción de extinción de dominio* por não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o confisco por meio dessa ação não se trata de uma pena, pois a ação não envolve um exame de culpabilidade e a aplicação do confisco não decorre do *ius puniendi* estatal²⁴.

I.2.2 *Confisca di prevenzione* da Itália

Na Itália, em que se verifica um sistema jurídico de *civil law* semelhante ao ordenamento jurídico brasileiro, aplica-se um confisco preventivo por meio de um processo autônomo em relação à ação penal (*confisca di prevenzione*) desde a promulgação da Lei nº 646, de 13 de setembro de 1982 (conhecida como a “Lei Rognoni/La Torre”), a qual veio a sofrer alterações em 2008 e em 2011²⁵. Esse confisco preventivo tem a finalidade de enfraquecer as organizações criminosas por meio da redução do seu patrimônio e ocorre

²² BRASIL. Ministério da Justiça. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: orientações por país. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/colombia>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

²³ ESSADO, Tiago Cintra, op. cit., p. 122-123.

²⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740/03. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

²⁵ MAZZACUVA, Francesco. The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation, em *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 103.

independentemente de uma condenação criminal (*non-conviction based confiscation*)²⁶. Assim sendo, o confisco preventivo é cabível quando estão presentes cumulativamente os seguintes requisitos: 1) suspeita de que a pessoa tem relação com alguma organização criminosa; 2) periculosidade social (*pericolosità sociale*), entendida como a tendência a cometer mais crimes; e 3) desproporção entre o patrimônio declarado e o patrimônio constatado²⁷. Nesse contexto, o órgão acusatório possui o ônus de comprovar o preenchimento dos três requisitos, ao passo que o acusado tem o ônus de demonstrar a origem lícita de seus bens²⁸. Cumpre ressaltar que a Suprema Corte da Itália (*Corte di Cassazione*), ao decidir pela constitucionalidade do instituto, entendeu que o confisco preventivo possui natureza meramente preventiva e não se trata de uma pena²⁹.

1.2.3 Civil forfeiture da República da Irlanda

Passando-se para a análise dos países de *common law*, a República da Irlanda instituiu o *civil forfeiture* por meio do *Proceeds of Crime Act* de 1996, o qual sofreu uma reforma em 2005³⁰. O modelo irlandês é considerado exemplar por outras jurisdições³¹, tanto que o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) já o avaliou em termos positivos³². Nesse sentido, o *civil forfeiture* irlandês consiste em um procedimento *in rem* e de natureza pretensamente civil³³, em que se decreta o confisco em favor do Estado de bens suspeitos cuja origem lícita não foi comprovada, mesmo que não haja uma condenação penal (*non-conviction based confiscation*), aplicando-se o *standard* de prova do processo civil³⁴. A Corte Suprema da República da Irlanda (*The Supreme Court of Ireland*, ou *An Chúirt Uachtarach*, em irlandês), ao analisar a constitucionalidade do *Proceeds of Crime Act* em diversas oportunidades, estabeleceu os seguintes entendimentos sobre o *civil forfeiture*: 1) trata-se de uma ação de natureza civil, pois o confisco alcançado por meio dela não representa uma sanção penal, de

²⁶ FRASCHINI, Giorgio; PUTATURO, Chiara. *Illicit Assets Recovery in Italy: Enhancing Integrity and Effectiveness of Illegal Asset Confiscation*. 2013, p. 11-12.

²⁷ MAZZACUVA, Francesco, op. cit., p. 103-104.

²⁸ Pode-se perceber que o confisco preventivo, na Itália, aproxima-se da natureza *in personam*, ao contrário da natureza *in rem* própria do instituto da ação civil de extinção de domínio.

²⁹ MAZZACUVA, Francesco, op. cit., p. 106-107.

³⁰ KING, Colin. Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau, em *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 81.

³¹ Ibidem, p. 77.

³² SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira, op. cit., p. 36.

³³ Embora o *Proceeds of Crime Act* de 1996 disponha sobre a natureza civil do *civil forfeiture*, há quem defenda que se trata de um procedimento de natureza criminal (ibidem, p. 92-98).

³⁴ Ibidem, p. 81-85.

modo que o seu processamento não exige regras procedimentais de natureza penal, tendo em vista que não se vislumbra nenhuma ofensa às garantias penais, nem mesmo à presunção de inocência, ao *standard* de prova acima da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), ao princípio do *non bis in idem* (*double jeopardy* clause) nem ao julgamento por júri; 2) existe paridade de armas entre as partes, pois, embora as acusações tenham base em suspeitas, exigindo-se pouca atividade probatória por parte do órgão acusatório, o detentor do patrimônio perseguido está em uma posição confortável de comprovar sua origem lícita; 3) não há ofensa ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois a comprovação da origem lícita do patrimônio perseguido afasta a autoincriminação de qualquer crime; e 4) não há ofensa ao direito de propriedade, pois a propriedade privada pode ser restringida quando se colocam em risco os interesses do bem comum por meio da prática de crimes³⁵.

1.2.4 Civil recovery do Reino Unido

O Reino Unido, por sua vez, adotou o *civil recovery* mediante a promulgação do também chamado *Proceeds of Crime Act* em 2002³⁶. Trata-se de um procedimento administrativo *in rem* autônomo em relação à persecução penal (*non-conviction based confiscation*), instaurado contra uma propriedade confiscável (*recoverable property*), cuja definição legal abrange tanto o patrimônio diretamente proveniente do crime quanto o patrimônio derivado que, nos dois casos, exceda o valor de dez mil euros³⁷. Aplica-se o *standard* de prova civil (*preponderance of the evidence*, também conhecido como *the balance of probabilities*), mas o ônus da prova é da acusação³⁸. A Corte de Apelação britânica (*The Court of Appeal*) decidiu que o *civil recovery* não ofende o princípio da presunção de inocência, pois se trata de um procedimento civil sem caráter punitivo em que não há acusação, risco de prisão nem declaração de culpa³⁹.

³⁵ Ibidem, p. 88-91.

³⁶ CAEIRO, Pedro, op. cit., p. 289.

³⁷ Idem.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa, op. cit., p. 65.

³⁹ Ibidem, p. 68.

I.2.5 *Civil forfeiture* dos Estados Unidos da América

Por fim, os Estados Unidos da América adota alguns modelos rudimentares de confisco civil (*civil forfeiture*) desde 1789 com o Primeiro Congresso⁴⁰, mas apenas em 1970, com a promulgação do *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (conhecido como *RICO*) e do *Continuing Criminal Enterprise*, é que foi introduzido o modelo de confisco semelhante ao que se verifica atualmente⁴¹. O instituto passou a ser usado de forma expressiva a partir de 1984 com a promulgação do *Comprehensive Crime Control Act*⁴², e sofreu uma reforma substancial em 2000 com o *Civil Asset Forfeiture Reform Act*⁴³. Trata-se de uma ação *in rem* voltado ao confisco de bens provenientes de crime ou que foram utilizados como instrumentos da prática criminosa, fundamentando-se na ficção jurídica de que o bem perseguido é considerado culpado⁴⁴. O *civil forfeiture* exige comprovação com base no *standard* de prova civil *preponderance of the evidence* (também conhecido como *the balance of probabilities*), o qual apresenta um grau de comprovação maior que o *probable cause*, que era exigido antes do *Civil Asset Forfeiture Reform Act*⁴⁵. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*The Supreme Court of the United States of America*) decidiu que o *civil forfeiture* não ofende o princípio do *non bis in idem* (*double jeopardy clause*), pois o confisco civil não representa uma sanção penal⁴⁶, a não ser que o confisco ocorra de forma tão desproporcional a ponto de ofender a décima oitava emenda constitucional (*excessive fines clause*)⁴⁷.

⁴⁰ LEACH, Arthur W.; MALCOM, John G. Criminal Forfeiture: An Appropriate Solution to the Civil forfeiture Debate, em *Georgia State University Law Review*. V. 10, 1994, p. 246-249.

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa, op. cit., p. 58-59.

⁴² Idem.

⁴³ JOHNSON, Barclay Thomas. Restoring Civility – The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Baby Steps Towards a More Civilized Civil Forfeiture System, em *Indiana Law Review*. V. 38, 2002, p. 1050.

⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa, op. cit., p. 59.

⁴⁵ JOHNSON, Barclay Thomas, op. cit., p. 1059.

⁴⁶ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Legal Information Institute*. United States v. Ursery. No. 95-345 and 95-346, June 24, 1996. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-345.ZS.html>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

⁴⁷ Ibidem, United States v. Hosep Krikor Bajakajian. No. 96 – 1487, June 22, 1998. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-1487.ZO.html>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

CAPÍTULO II

A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Demonstrou-se no capítulo anterior que a Colômbia, a Itália, a República da Irlanda, o Reino Unido e os Estados Unidos da América adotaram a ação civil de extinção de domínio de modo semelhante ao que é estimulado pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Demonstrou-se também que as Cortes Superiores desses países, no exercício do controle de constitucionalidade, constataram que a ação civil de extinção de domínio é compatível com os respectivos ordenamentos jurídicos, em consonância com o que exigem as referidas Convenções Internacionais.

Sendo o Brasil um dos Estados Partes dessas três Convenções Internacionais e, portanto, recaiando sobre o país o dever de considerar a adoção da ação civil de extinção de domínio, à medida que seja compatível com seu ordenamento jurídico, cabe, nesse momento, examinar se existe essa compatibilidade entre a ação civil de extinção de domínio e o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, tendo como base a experiência da Colômbia, da Itália, da República da Irlanda, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, cumpre analisar os diversos setores normativos do ordenamento jurídico brasileiro com os quais a ação civil de extinção de domínio deve se apresentar compatível, destacando-se: 1) a natureza do confisco; 2) as finalidades da pena; e 3) os princípios constitucionais pertinentes (direito de propriedade, função social da propriedade, presunção de inocência, mandados constitucionais de criminalização e o devido processo legal).

II.1 A NATUREZA DO CONFISCO

Conforme visto no capítulo anterior, as Cortes Superiores da Colômbia, da Itália, da República da Irlanda, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América decidiram que o confisco obtido por meio da ação civil de extinção de domínio não se trata de uma sanção penal, mas se trata de uma medida de natureza civil. Dessa forma, importa analisar o ordenamento jurídico brasileiro no que tange à natureza do confisco, a fim de se constatar se a

ação civil de extinção de domínio seria compatível com ordenamento jurídico nacional assim como o é nos referidos países. Para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações conceituais antes de se passar para o exame da natureza do confisco.

O Supremo Tribunal Federal entendeu no julgamento da Ação Cautelar nº 82/MG⁴⁸ que as hipóteses de perda de bens previstas na Constituição Federal seguem a seguinte classificação: a expropriação (perda de bens decretada pelo Estado) é gênero de que fazem parte a desapropriação (perda de bens com indenização) e o confisco (perda de bens sem indenização)⁴⁹, sendo essa classificação coerente com o que defende a doutrina administrativa brasileira⁵⁰.

Ao passo que a Constituição Federal estabelece o direito à indenização ao tratar dos casos de desapropriação, como na desapropriação ordinária (artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal), na desapropriação para fins de política urbana (artigo 182, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal), e na desapropriação para fins de reforma agrária (artigos 184 e 185 da Constituição Federal), o texto constitucional, ao se referir ao confisco, não prevê nenhuma indenização, como se verifica no confisco como pena (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “b”, da Constituição Federal e artigo 43, inciso II, do Código Penal), no confisco como efeito da condenação (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal e artigo 91, inciso II, do Código Penal)⁵¹ e no confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas ou à exploração de trabalho escravo (artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal)⁵².

Com essas considerações conceituais, passa-se a analisar a natureza das três modalidades de confisco, concentrando-se no confisco como efeito da condenação e, posteriormente, no confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas e à exploração de trabalho escravo.

⁴⁸ AC nº 82/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 28/05/2004.

⁴⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Desapropriação sem indenização? Uma análise constitucional dos conceitos de desapropriação, expropriação e confisco, em *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2297, 15 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13680>>. Acesso em: 3 de junho de 2018.

⁵⁰ Idem. O autor faz referência às seguintes obras da doutrina administrativa brasileira: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵¹ ESSADO, Tiago Cintra, op. cit., p. 16-17.

⁵² Especificamente em relação ao artigo 243 da Constituição Federal, é interessante notar que o legislador constitucional utilizou a expressão “expropriadas” no *caput* do artigo e a expressão “confiscado” em seu parágrafo único, de modo a ratificar a tese de que o conceito de expropriação é gênero de faz parte o conceito de confisco Nesse sentido, ver: CAVALCANTE FILHO, João Trindade, op. cit.

Enquanto o confisco como pena decorre, obviamente, da responsabilidade penal, o confisco como efeito da condenação decorre da responsabilidade civil⁵³. O caráter civil do confisco como efeito da condenação pode ser percebido pela simples leitura do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Ou seja, se nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado, mas a decretação do perdimento de bens pode, logicamente a decretação do perdimento de bens não se trata de uma pena. Acredita-se que a segunda parte do dispositivo envolve uma adição, e não uma exceção. Isso porque o legislador constitucional não utilizou a expressão “salvo” como geralmente o faz⁵⁴. Se tivesse utilizado, o significado da segunda parte do dispositivo teria o sentido de que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens seriam duas espécies de penas que poderiam passar da pessoa do condenado, mas não é isso que se verifica. Verifica-se, na verdade, que o confisco como efeito da condenação não se trata de uma pena, mas sim de um efeito extrapenal de natureza civil⁵⁵. Até porque a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, que podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido, envolvem muito mais uma questão patrimonial do que uma questão de culpabilidade, aproximando-se, dessa forma, mais da responsabilidade civil do que da responsabilidade penal.

Da mesma forma, nota-se que o confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas ou à exploração de trabalho escravo possui natureza civil. O confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas, especificamente, é regulado pela Lei nº 8.257/1991⁵⁶, a qual estabelece o procedimento

⁵³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 100.

⁵⁴ Somente no artigo 5º da Constituição Federal, o legislador constitucional utilizou a expressão “salvo” em dez incisos distintos, ao se fazer alguma exceção a alguma prescrição estabelecida, tal como em “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” ou em “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. A expressão “podendo”, por outro lado, foi usada em outros três incisos do artigo 5º da Constituição Federal, tal como em “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, indicando uma adição de informações igual ao que ocorreu no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

⁵⁵ Há autores que, ao classificarem os efeitos extrapenais da condenação, defendem expressamente que o confisco se trata de um efeito extrapenal da condenação de natureza civil. Nesse sentido, ver: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral, volume 1*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 331-332; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral, volume 1*. 6ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 673.

⁵⁶ O confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas à exploração de trabalho escravo foi inserido por meio da Emenda Constitucional nº 81/2014 e não foi regulamentado até a conclusão do presente trabalho.

judicial pelo qual se decreta o confisco (artigo 6º da Lei nº 8.257/1991). Trata-se de um procedimento judicial em que se discute apenas a natureza ilícita da propriedade rural ou urbana, de modo a concentrar o debate na questão patrimonial, verificando-se apenas se existe qualquer cultura de plantas psicotrópicas no terreno (artigos 1º e 3º da Lei nº 8.257/1991), sem que haja nenhum juízo de culpabilidade, ou seja, sem que se discuta a responsabilidade penal por nenhum dos crimes previstos na Lei nº 11.343/2006. As glebas sujeitas ao confisco são aquelas possuídas a qualquer título (artigo 4º da Lei nº 8.257/1991), reforçando-se o caráter patrimonial em detrimento do caráter pessoal do confisco em questão. Além disso, a natureza civil desse confisco é robustecida pelo fato de que devem ser aplicadas subsidiariamente as normas previstas no Código de Processo Civil (artigo 23 da Lei nº 8.257/1991).

É exatamente nesse contexto em que se insere a ação civil de extinção de domínio. O confisco obtido por meio desse instituto, assim como foi constatado pelas Cortes Superiores dos referidos países, não se trata de uma pena, mas de uma medida de natureza civil. A ação civil de extinção de domínio, como já se demonstrou, busca confiscar o patrimônio ilícito de modo que o exame de culpabilidade seja irrelevante. Não importa se o detentor do patrimônio ilícito cometeu ou não o crime com o qual esteja relacionado o mesmo patrimônio ilícito. O exame que se faz na ação civil de extinção de domínio é concentrado na questão patrimonial e não na questão de culpabilidade, ou seja, é concentrado na responsabilidade civil do detentor do patrimônio ilícito e não na sua responsabilidade penal. Assim sendo, verifica-se que a ação civil de extinção de domínio, por envolver um confisco de natureza civil, demonstra-se compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que nele já existem modelos de confisco de natureza civil, quais sejam, o confisco como efeito da condenação e, especialmente, o confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas ou à exploração de trabalho escravo.

II.2 AS FINALIDADES DA PENA

Ainda que o confisco decorrente da ação civil de extinção de domínio não se trate de uma sanção penal, cabe observar que as suas finalidades de prevenção geral negativa e de prevenção especial negativa, como visto no Capítulo I do presente trabalho, são compatíveis com as finalidades da pena adotadas no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 59 do Código Penal prevê que o juiz estabelecerá a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, indicando a adoção das teorias unificadas da pena, em que

a pena se volta para a retribuição do injusto cometido (teoria da retribuição), a intimidação dos criminosos (prevenção geral negativa), o reforço da confiança no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva), a neutralização dos criminosos (prevenção especial negativa) e a sua ressocialização (prevenção geral positiva)⁵⁷. Nesse contexto, a ação civil de extinção de domínio encontra-se em consonância com as teorias unificadas da pena à medida que fortalece a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa, ainda que, como foi dito, o confisco obtido por meio dela não se trate de uma sanção penal. Além disso, é interessante repetir que essa medida está de acordo com os ditames da “nova prevenção” por se tratar de uma ação situada fora do Direito Penal.

II.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

Ao passo que a ação civil de extinção de domínio apresenta-se em perfeita consonância com a função social da propriedade, os mandados constitucionais de criminalização e o devido processo legal, o instituto poderia representar uma afronta ao direito de propriedade e à presunção de inocência. De qualquer forma, verifica-se que nem mesmo esses dois princípios são incompatíveis com a ação civil de extinção de domínio, como se verá adiante.

II.3.1 O direito de propriedade e a função social da propriedade

O direito de propriedade e a função social da propriedade são princípios interligados à medida que o direito de propriedade não pode se concretizar isoladamente, sem que seja observada sua função social. A função social da propriedade manifesta-se como uma condição indispensável à plena realização do direito de propriedade⁵⁸. Enquanto o direito de propriedade existe no plano estático como um poder e um direito subjetivo, a sua função social manifesta-se no plano dinâmico como um dever e uma função, ou seja, o próprio direito de propriedade é tido como um poder-dever ou um direito subjetivo submetido a uma função que compreende a imposição de restrições à propriedade privada⁵⁹.

Essa dupla natureza do direito de propriedade, abrangido pela propriedade privada e sua função social, pode ser percebida a partir das previsões constitucionais que tratam sobre a

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 428-430.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 245-246.

⁵⁹ Ibidem, p. 243.

matéria. Ao se dispor que “é garantido o direito de propriedade” no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, estabeleceu-se logo em seguida, no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, que “a propriedade atenderá a sua função social”. No que tange à ordem econômica brasileira, o artigo 170, incisos II e III, da Constituição Federal determinou que são princípios da atividade econômica tanto a “propriedade privada” quanto a “função social da propriedade”. Essas previsões constitucionais deram liberdade ao legislador ordinário para que restrinja (ou concretize⁶⁰) o direito de propriedade ao dar consistência à função social da propriedade, fazendo com que a propriedade privada seja voltada não só ao seu proprietário ou detentor, mas também ao Estado e à sociedade.

Cumprido ressaltar que, de qualquer modo, o legislador ordinário deve respeitar o núcleo essencial da propriedade privada, não podendo transformá-la em patrimônio totalmente voltado ao Estado ou à sociedade⁶¹, e deve respeitar também o princípio da proporcionalidade, de modo que as restrições impostas sejam necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito⁶².

Assim como foi decidido pela Corte Suprema da República da Irlanda a respeito da *civil forfeiture* em relação ao ordenamento jurídico irlandês, verifica-se que a ação civil de extinção de domínio não se mostra incompatível com o direito de propriedade previsto no ordenamento jurídico brasileiro, porque se trata de um instrumento utilizado para concretizar o próprio direito de propriedade, ou seja, para tornar efetiva a sua função social. Isso porque a posse de bens ilícitos inviabiliza o exercício da função social da propriedade à medida que representa para a sociedade um atestado de ineficiência do poder punitivo estatal e, dessa forma, um estímulo à prática de crimes. Acredita-se que o fato de uma pessoa fazer uso de um veículo receptado, por exemplo, transmite para seus parentes e amigos a ideia de que o poder punitivo estatal é ineficiente e, por essa razão, incentiva seus pares à prática de outros crimes de receptação. Trazendo-se para o contexto das organizações criminosas, no qual melhor se insere a ação civil de extinção de domínio, os bens obtidos por práticas criminosas, como o veículo receptado do exemplo anterior, servem em muitos casos como instrumentos para o cometimento de novos crimes e, dessa forma, não cumprem nenhuma função social, mas cumprem apenas a função de trazer mais benefícios para a organização criminosa a que pertencem.

⁶⁰ Tendo em vista que a função social da propriedade se trata de uma condição essencial à plena realização do direito de propriedade, ela pode ser entendida tanto como uma restrição como uma concretização à propriedade privada. Nesse sentido, ver: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem, p. 343-345.

Além disso, a ação civil de extinção de domínio não afeta o núcleo essencial do direito de propriedade, tendo em vista que não se busca que todos e quaisquer bens sejam convertidos em favor do Estado, mas tão somente aqueles sobre os quais recai a certeza de serem de procedência ilícita. Verifica-se, também, que a ação civil de extinção de domínio não ofende o direito de propriedade com base no princípio da proporcionalidade, pois consiste em um instrumento: I) necessário à concretização do direito de propriedade, por meio do fomento à função social da propriedade; II) adequado a essa finalidade de fomentar a função social, pelas razões expostas acima; e III) proporcional em sentido estrito em razão de confiscar apenas os bens comprovadamente ilícitos.

II.3.2 A presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência decorre da previsão do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no sentido de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Essa redação do texto constitucional foi além do que trata o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual dispõe que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”, tendo em vista que, enquanto a Constituição Federal estabeleceu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória como termo final para a presunção de inocência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu que a presunção de inocência acaba quando a culpabilidade é comprovada de acordo com a lei, dando abertura aos países para que suas Leis determinem o modo como se considera comprovada a culpabilidade. De qualquer forma, do princípio da presunção de inocência decorrem diversas garantias processuais penais, tais como o princípio do *in dubio pro reo*, o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o direito ao silêncio e, principalmente, a distribuição do ônus probatório para a acusação.

Não obstante a ação civil de extinção de domínio sempre envolva uma presunção de culpa, tendo em vista que, se algum bem é considerado confiscável, logicamente alguém está sendo considerado culpado por algum crime de que proveio o bem confiscável, defende-se que a ação civil de extinção de domínio não ofende a presunção de inocência por não afetar seu núcleo essencial. O ordenamento jurídico brasileiro admite algumas atenuações do princípio da presunção de inocência, tais como a aplicação de medidas cautelares pessoais e reais antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e a possibilidade de

execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário⁶³. Verifica-se que, nessas duas situações, existe uma presunção de culpa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, demonstrando que o princípio da presunção de inocência, até mesmo com a redação severa do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por não consistir em um direito absoluto, até porque nenhum princípio constitucional possui caráter absoluto⁶⁴.

Nesse contexto, entende-se que a ação civil de extinção de domínio não afeta o núcleo essencial da presunção de inocência porque incumbe à acusação comprovar o caráter ilícito de determinado patrimônio. Embora as três Convenções Internacionais tratadas no presente trabalho disponham que cabe aos Estados Partes considerar inverter o ônus da prova sobre a licitude dos bens perseguidos, ainda sim subsiste à acusação o ônus de evidenciar que tais bens são confiscáveis por meio do confisco clássico ou do confisco por equivalência, ou seja, ainda incumbe ao órgão acusatório evidenciar o caráter ilícito do patrimônio perseguido. Como foi tratado no tópico sobre Direito Comparado, essa realidade foi realçada pelas Cortes Superiores da Itália e do Reino Unido, pois na Itália incumbe à acusação comprovar o preenchimento de três requisitos para a efetivação da *confisca di prevenzione*, e no Reino Unido, de modo mais amplo, o ônus da prova é atribuído à acusação durante todo o procedimento, ainda que o *standard* de prova do *civil recovery* seja o civil. Assim sendo, embora se permita exigir que o detentor do patrimônio perseguido comprove sua procedência lícita, em razão de ele se encontrar em uma posição mais favorável, ainda subsiste à acusação o dever de demonstrar adequadamente o caráter ilícito do patrimônio, de modo a impedir que haja perseguições infundadas.

De qualquer modo, embora haja a presunção de que alguém cometeu algum crime de que proveio o bem considerado ilícito, percebe-se que a ação civil de extinção de domínio, de modo específico, não examina a culpabilidade de ninguém, mas examina apenas se determinado bem é de origem ilícita ou não. Essa ausência de juízo de culpabilidade pode ser constatada a partir da redação do já referido artigo 54 da Convenção das Nações Unidas

⁶³ Até a conclusão do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal ainda não consolidou o entendimento a respeito da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. No entanto, o entendimento que prevalece até o presente momento é o consignado no HC nº 126.292/SP, no sentido de ser possível a execução provisória por não haver ofensa à presunção de inocência. Cumpre ressaltar que esse entendimento foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o julgamento do HC nº 84.078/MG, em 05/02/2009, e foi alterado novamente em 17/02/2016 com o julgamento do referido HC nº 126.292/SP (HC nº 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJE de 16/05/2016).

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens, em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

contra a Corrupção, o qual, ao tratar sobre a ação civil de extinção de domínio, estimula a adoção de “medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados”, ou seja, em casos em que não é possível examinar a culpabilidade do agente, demonstrando não ser esse o foco da questão, mas sim se determinado bem é ilícito ou não.

Por fim, cabe repetir que a ação civil de extinção de domínio foi explicitamente considerada compatível com a presunção de inocência pelas Cortes Superiores da Colômbia, da República da Irlanda e do Reino Unido, sendo que as duas outras Cortes Superiores mencionadas, a da Itália e a dos Estados Unidos da América, trataram indiretamente sobre a questão.

II.3.3 Os mandados constitucionais de criminalização

Os mandados constitucionais de criminalização podem ocorrer de forma expressa ou implícita. Nos mandados constitucionais de criminalização expressos, a Constituição Federal indica alguns crimes que deverão ser tratados pelo legislador ordinário, de modo a outorgar à Lei a tipificação de crimes e cominação de penas, tal como se verifica no artigo 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, no artigo 7º, inciso X, e no artigo 227, § 4º, todos da Constituição Federal⁶⁵. Nos mandados constitucionais de criminalização implícitos, por outro lado, a Constituição Federal exige ao legislador ordinário que tipifique crimes e comine penas em relação às condutas que sejam atentatórias aos direitos fundamentais. Esses mandados implícitos decorrem do próprio comando do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e decorrem também do dever de proteção dos direitos fundamentais e da proibição à proteção deficiente ou insuficiente, como desdobramentos do princípio da proporcionalidade⁶⁶.

A ação civil de extinção de domínio, mesmo em se tratando de uma medida de natureza civil distante da criminalização, demonstra-se compatível com os mandados constitucionais de criminalização implícitos à medida que dá maior proteção aos direitos fundamentais. Como foi visto acima, o instituto fortalece a função social da propriedade e, dessa forma, dá maior concretude ao próprio direito de propriedade. Além disso, pode-se

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 488-489.

⁶⁶ Ibidem, p. 489-490.

afirmar que, ainda que de forma indireta, a ação civil de extinção de domínio também protege outros direitos fundamentais, tais como aqueles acobertados pelos bens jurídicos tutelados pelas normas penais que tipificam os crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, às organizações criminosas, à corrupção e à lavagem de dinheiro (direito à saúde, direito à vida e todos os direitos que deixam de ser garantidos pelo Estado quando o erário é reduzido) tendo em vista que a ação civil de extinção de domínio representa um instrumento eficaz no combate a essas realidades.

II.3.4 O devido processo legal

O princípio do devido processo legal está positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse princípio está muito interligado à própria democracia e ao próprio Estado de Direito e constitui a base para todas as demais garantias constitucionais⁶⁷. Diversas garantias exsurtem a partir do devido processo legal, destacando-se a do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade processual, da publicidade, do dever de motivar as decisões judiciais e da proibição da prova ilícita⁶⁸.

Assim sendo, a ação civil de extinção de domínio apresenta-se em harmonia com o devido processo legal, tendo em vista que o confisco a ser obtido por meio dessa ação consiste em uma privação de bens amparada pelo devido processo legal. Caberá ao legislador ordinário estabelecer um conjunto de regras procedimentais em relação à ação civil de extinção de domínio, a fim de se resguardar o princípio do devido processo legal e todas as garantias que dele decorrem, de modo semelhante ao que já ocorre com o confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas na Lei nº 8.257/1991.

⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 101.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 102.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a ação civil de extinção de domínio, examinando-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e levando-se em consideração os modelos adotados pela Colômbia, pela Itália, pela República da Irlanda, pelo Reino Unido e pelos Estados Unidos da América e o modo como suas Cortes Superiores decidiram a respeito da constitucionalidade do instituto; e ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, atentando-se à natureza do confisco, às finalidades da pena e aos princípios constitucionais pertinentes, demonstrou-se que:

1. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estimulam a adoção da ação civil de extinção de domínio, em razão de estabelecerem, até mesmo com redações muito próximas, que os Estados Partes deverão considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova nos seus procedimentos confiscatórios, de modo a exigir que o acusado comprove a origem lícita de bens que sejam presumidamente produto de crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, desde que esse procedimento seja compatível com seus respectivos ordenamentos jurídicos;

2. Especificamente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção reforça o estímulo à adoção da ação civil de extinção de domínio, determinando que cada Estado Parte deverá considerar a adoção de medidas necessárias ao confisco sem que se envolva uma pena, nos casos em que o criminoso não possa ser condenado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados;

3. A ação civil de extinção de domínio representa um avanço no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, às organizações criminosas, à corrupção e à lavagem de dinheiro, ao passo que fortalece a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa;

4. A ação civil de extinção de domínio apresenta-se em consonância com os ditames da “nova prevenção”;

5. A Colômbia, a Itália, a República da Irlanda, o Reino Unido e os Estados Unidos da América adotam modelos de ação civil de extinção de domínio e suas Cortes Superiores, no exercício do controle de constitucionalidade, decidiram que a medida é compatível com seus respectivos ordenamentos jurídicos;

6. A ação civil de extinção de domínio é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que se mostra em harmonia com a natureza civil de algumas espécies de confisco previstas na Constituição Federal; com as finalidades da pena, embora não se trate de uma sanção penal; e com os princípios constitucionais pertinentes, quais sejam, o direito de propriedade, a função social da propriedade, a presunção de inocência, os mandados constitucionais de criminalização e o devido processo legal.

Embora já se tenha alcançado o objetivo do presente trabalho, que era verificar se existe compatibilidade entre a ação civil de extinção de domínio e o ordenamento jurídico brasileiro, cumpre realizar algumas breves considerações sobre as propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional com a finalidade de se instituir a ação civil de extinção de domínio.

O Projeto de Lei nº 246/2015 da Câmara dos Deputados (proposto pelo Deputado Pompeo de Mattos), que consiste numa reapresentação do Projeto de Lei nº 5.681/2013 (proposto pelo Deputado Vieira da Cunha), recebeu o apensamento dos Projetos de Lei nº 355/2015 (proposto pelo Deputado Major Olímpio Gomes) e 856/2015 (proposto pelo Poder Executivo), tendo em vista que já se havia tratado sobre a ação civil de extinção de domínio de maneira satisfatória de modo a abranger o tratamento dado pelos outros dois Projetos de Lei. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 246/2015 “disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências”. O termo “ação civil pública de extinção de domínio” provavelmente foi utilizado em razão de o Projeto de Lei abranger a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública).

O Projeto de Lei nº 4.850/2016 da Câmara dos Deputados (proposto por iniciativa popular), convertido no Projeto de Lei da Câmara nº 27/2017 ao ser remetido ao Senado Federal, decorreu das conhecidas “Dez Medidas contra a Corrupção” promovidas pelo Ministério Público Federal, em que era prevista a criação da ação civil de extinção de domínio nos moldes da Ação nº 16 de 2011 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)⁶⁹. Não obstante, a criação da ação civil de extinção de domínio foi retirada do Projeto de Lei pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 30 de

⁶⁹ A ENCCLA foi criada em 2003 e compreende um conjunto de trabalhos voltados ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, envolvendo órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto da esfera federal quanto da estadual. A gestão executiva da ENCCLA incumbe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional por intermédio da Coordenação-Geral de Articulação Institucional. Nesse sentido, ver: BRASIL, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, *Quem Somos*. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

novembro de 2016, por trezentos e dezessete votos contra noventa e sete. Dessa forma, o Projeto de Lei já foi remetido ao Senado Federal sem a previsão do instituto.

Outra proposta legislativa digna de nota que trata sobre a ação civil de extinção de domínio consiste na Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2015 (proposta pelo Poder Executivo), a qual “altera a Constituição para dispor sobre a ação civil pública de extinção do direito de posse ou de propriedade proveniente de atividade criminosa, improbidade administrativa ou enriquecimento ilícito”. Cumpre observar que não haveria necessidade de se alterar a Constituição Federal para se introduzir a ação civil de extinção de domínio, vez que, como foi demonstrado, o instituto apresenta-se em consonância com os princípios constitucionais pertinentes. Assim sendo, entende-se que haveria maior conformidade com o interesse público instituir a ação civil de extinção de domínio por meio de Lei, em razão de se exigir o quórum de maioria simples para sua aprovação, tendo em vista que o quórum qualificado de três quintos, em dois turnos em cada Casa Legislativa, gera mais gastos para o erário. Até porque tanto as Leis quanto as Emendas Constitucionais podem ser igualmente declaradas inconstitucionais, de modo que eventuais vícios de constitucionalidade não seriam sanados mediante a aprovação de Emenda à Constituição.

Ainda que a análise das propostas legislativas não tenha muita relação com o objetivo do presente trabalho, arrisca-se fazer algumas considerações sobre de que modo deve ser instituída a ação civil de extinção de domínio no ordenamento jurídico brasileiro.

O confisco obtido por meio da ação civil de extinção de domínio, como foi visto, possui uma natureza semelhante ao confisco de propriedades rurais e urbanas voltadas ao cultivo de plantas psicotrópicas. Nesse contexto, o mais razoável seria que, ao ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro, a ação civil de extinção de domínio recebesse um tratamento semelhante ao que foi dado pela Lei nº 8.257/1991, de modo a receber a roupagem de um procedimento civil especial dotado de regras instrutórias próprias (artigos 7º ao 12 da Lei nº 8.257/1991), em que se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil (artigo 23 da Lei nº 8.257/1991), atingindo-se os bens possuídos a qualquer título (artigo 4º da Lei nº 8.257/1991) e tornando-se possível o confisco somente após o trânsito em julgado da sentença expropriatória (artigo 15 da Lei nº 8.257/1991), em completo respeito ao princípio do devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Além disso, defende-se que deve ser dada uma atenção especial às garantias penais em jogo, especialmente à presunção de inocência, de modo que se cuide para que a ação civil de extinção de domínio não seja um mero “sucedâneo dos mecanismos penais”, em que se

aplicam instrumentos agressivos do processo penal sem que sejam resguardadas as garantias próprias da ação penal⁷⁰.

Deve-se cuidar para que se mantenha a incumbência do ônus da prova ao Ministério Público ao longo de todo o procedimento até o momento de ocorrer a sua inversão. Assim sendo, deve o Ministério Público angariar elementos suficientes para demonstrar que o bem suspeito possui relação com alguma conduta criminosa, exigindo-se um suporte probatório robusto para a instauração da ação civil de extinção de domínio. Isso porque não se pode permitir que o Ministério Público incorra em excessos, dando início a ações civis de extinção de domínio de maneira indiscriminada. O Órgão Ministerial deve demonstrar de modo satisfatório que o bem perseguido possui relação com alguma prática criminosa, tornando possível seu confisco apenas se o sujeito possuidor do bem não comprovar sua origem lícita ao final do procedimento.

Além disso, devem-se instituir regras procedimentais que garantam um *standard* probatório adequado e compatível com as garantias penais, tendo em vista a natureza civil do confisco e o procedimento civil, mas tendo em vista também a inversão do ônus da prova. Exatamente em decorrência dessa inversão do ônus da prova, não seria razoável um modelo de prova em que se exige um pequeno grau de certeza por parte do magistrado. Deve-se criar um *standard* probatório mais exigente, algo intermediário entre o que se verifica no processo civil e no processo penal brasileiros⁷¹.

Por fim, deve-se cuidar da destinação dada aos bens confiscados. No capítulo em que se analisou como a ação civil de extinção de domínio é adotada em diversos países, relatou-se que o *civil forfeiture* norte americano foi instituído por meio do *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (conhecido como *RICO*) de 1970, mas que foi alterado por meio do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000. No entanto, deixou-se de relatar naquela oportunidade, porque não era pertinente, que a reforma promovida pelo *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000 ocorreu em virtude dos excessos cometidos por parte das autoridades públicas, os quais geraram os conhecidos fenômenos do *addiction to the drug war* e do *policing for profit*⁷². Em razão da pouca proteção dada aos direitos fundamentais e em virtude do direcionamento dos bens apreendidos às próprias autoridades instauradoras da ação civil de extinção de domínio, o *civil forfeiture* norte americano foi desvirtuado para se aumentar o

⁷⁰ CAEIRO, Pedro, op. cit., p. 292-296.

⁷¹ Não se poderia falar nos *standards* do *common law* citados ao longo do trabalho, como o *preponderance of the evidence* (também conhecido como *the balance of probabilities*) e o *beyond a reasonable doubt*, porque ele não são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, ver: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal, em *Revista AJUFERGS*, nº 04, p. 161-185.

⁷² CAEIRO, Pedro, op. cit., p. 295.

orçamento dos órgãos de persecução penal, de modo a se desprezar de forma substancial a presunção de inocência e o direito de propriedade⁷³.

Com essas breves considerações, defende-se que o legislador ordinário, ao elaborar a Lei que irá tratar sobre a ação civil de extinção de domínio, deve tomar diversos cuidados para que o instituto não represente um mero “sucedâneo dos mecanismos penais”⁷⁴, devendo-se atentar à manutenção da atribuição do ônus da prova ao Ministério Público, ao *standard* de prova mais adequado e à destinação dos bens confiscados.

⁷³ WILLIAMS, Marian R.; HOLCOMB, Jefferson E.; KOVANDZIC, Tomislav V. *Policig for profit – the abuse of civil asset forfeiture*. Virgínia: Institute for Justice, 2010.

⁷⁴ CAEIRO, Pedro, op. cit., p. 293.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal, em *Revista AJUFERGS*, nº 04, p. 161-185.

BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An Economic approach, em *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Massachusetts: NBER, 1974.

BRASIL. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, *Quem Somos*. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. Ministério da Justiça. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: orientações por país. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/colombia>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Ação Cautelar nº 82/MG*, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 28/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 126.292/SP*, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJE de 16/05/2016.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Desapropriação sem indenização? Uma análise constitucional dos conceitos de desapropriação, expropriação e confisco, em *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2297, 15 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13680>>. Acesso em: 3 de junho de 2018.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de la República de Colombia. Setencia C-740/03. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Legal Information Institute*. United States v. Ursery. No. 95-345 and 95-346, June 24, 1996. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-345.ZS.html>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. United States v. Hosep Krikor Bajakajian. No. 96 – 1487, June 22, 1998. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-1487.ZO.html>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. São Paulo, 2014. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo.

FRASCHINI, Giorgio; PUTATURO, Chiara. *Illicit Assets Recovery in Italy: Enhancing Integrity and Effectiveness of Illegal Asset Confiscation*. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

JOHNSON, Barclay Thomas. Restoring Civility – The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Baby Steps Towards a More Civilized Civil Forfeiture System, em *Indiana Law Review*. V. 38, 2002.

KING, Colin. Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau, em *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Portland: Hart Publishing, 2017.

LEACH, Arthur W.; MALCOM, John G. Criminal Forfeiture: An Appropriate Solution to the Civil forfeiture Debate, em *Georgia State University Law Review*. V. 10, 1994.

MAZZACUVA, Francesco. The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation, em *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*. Portland: Hart Publishing, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral, volume 1*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral, volume 1*. 6ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens, em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em *Julgar online*, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Impact Study on Civil Forfeiture*. Belgrado: Council of Europe, 2013.

_____. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, de 12 de março de 2012*.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery. *The Italian experience in the management, use and disposal of frozen seized and confiscated assets*. Viena, 2014.

WILLIAMS, Marian R.; HOLCOMB, Jefferson E.; KOVANDZIC, Tomislav V. *Policig for profit – the abuse of civil asset forfeiture*. Virgínia: Institute for Justice, 2010.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”, em *Revista brasileira de ciências criminais*. V. 8, n. 29, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal – parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.